

**REVISTA SEMESTRAL DE  
DIREITO EMPRESARIAL**

**Nº 9**

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro  
**julho / dezembro de 2012**



Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

**Coordenação:** Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

**Conselho Editorial:** Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Théophile de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

**Conselho Executivo:** Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez

**PATROCINADORES:**



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

---

Revista semestral de direito empresarial. — nº 9 (julho/dezembro 2012)  
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-  
v.

UERJ  
Campinho Advogados  
Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

---

# RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS E FALÊNCIAS

## O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ORDINÁRIA NA LEI Nº 11.101/2005

### THE ORDINARY REQUEST FOR REFUND OF LAW Nº 11.101/2005

*Alexandre Ferreira de Assumpção Alves  
Raul Gonçalves Baptista*

*Resumo:* Analisam-se questões relevantes envolvendo o pedido de restituição ordinária disciplinado na Lei nº 11.101/2005. Para melhor desenvolvimento do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto restituidor. Na segunda parte é estudado o pedido de restituição nos contratos em espécie, quais sejam: (i) alienação fiduciária em garantia; (ii) contrato estimatório; (iii) arrendamento mercantil e (iv) comodato, tratando, ainda, do conflito entre a cláusula resolutória expressa e a função social dos contratos à luz do interesse da massa falida e dos credores. A terceira parte dedica-se ao tratamento processual dado pela lei ao pedido de restituição ordinária.

*Palavras-Chave:* Restituição Ordinária. Falência. Propriedade (Direito de).

*Abstract:* Relevant issues involving ordinary request for refund of Law number 11.101/2005 are analyzed. To improve the theme development, the first part refers to the conceptual and historical aspects of refund. In the second part, the contract request for refund in cash is studied, as they are: (i) chattel mortgage warranty; (ii) estimate

contract; (iii) mercantile rent and (iv) lending. Also refers of the conflict between expressing termination clause and the social function of contracts highlight the bankruptcy estate and creditors interesting. The third part is devoted to the procedural treatment given by law to the ordinary request for refund.

*Keywords:* Ordinary Refund. Bankruptcy. Property (Right of).

*SUMÁRIO:* 1 – Introdução. 2 – Evolução Legislativa. 3 – Pedido de Restituição e a Teoria Geral dos Contratos. 3.1 – Alienação Fiduciária em Garantia. 3.2 – Contrato Estimatório. 3.3 – Arrendamento Mercantil. 3.4 – Comodato. 4 – Aspectos Processuais do Pedido de Restituição. 4.1 – Individualização do Bem e o Administrador Judicial. 4.2 – Rito Processual e Natureza Jurídica. 4.3 – Da sentença e do Recurso. 5 – Conclusão

## **1 — Introdução**

O atual regramento falimentar, Lei nº 11.101/2005, tem por viés precípua a manutenção da atividade empresária e preservação da unidade produtiva que se demonstre viável, como forma de resguardar um equilíbrio entre as dificuldades do devedor, os direitos do credor e a atividade empresarial. Entretanto, nem sempre será possível se manter a atividade empresarial viva como se pretende, pois o empresário pode ter-se imiscuído por completo em dívidas e obrigações não adimplidas, de modo inviabilizar a manutenção de sua empresa.

Desta forma, atento aos novos ditames da atividade empresarial e dos fundamentos da Ordem Econômica constitucional, o legislador incumbiu-se de privilegiar o tratamento preventivo à quebra nas situações em que a empresa, embora esteja passando por graves percalços, ainda é viável e não deve ser liquidada de pronto. Com isto, preservam-se os interesses tanto do empresário, sócios e dos co-

laboradores e interessados em seu soerguimento, como fornecedores, empregados, credores e, até mesmo, o próprio Estado.

Todavia, nem sempre é possível ou eficaz o procedimento recuperatório. Há situações em que a crise está instaurada há muito tempo ou o descrédito é tamanho que não há outra alternativa senão o pedido de falência. Neste diapasão, não sendo possível elidir a impontualidade crônica ou tendo o próprio empresário verificado a inviabilidade do pedido de recuperação<sup>1</sup>, será decretada sua falência.

Em razão do princípio da universalidade, os bens do falido serão arrecadados para posterior alienação judicial em prol do pagamento aos credores concursais e extraconcursais, de acordo com a ordem de preferência legal, e de maneira proporcional, *pro rata*, seguindo princípios que perseguirão um rateio equânime.

Todavia, por vezes, serão arrecadados bens que, embora em poder do devedor, sejam de titularidade de terceiros. Isto ocorre, e, deve ocorrer, pois não cabe ao administrador judicial, que é o responsável por essa arrecadação, perquirir quais os bens compõem ou quais não compõem o patrimônio do devedor. Dada função cabe ao juízo falimentar que deverá destacar esses bens da massa e restituí-lo ao seu real proprietário. Desta forma, tendo o terceiro sido atingido em seu patrimônio cabe-lhe ingressar no juízo falimentar com o pedido de restituição para reaver o bem.

Com este escopo, a restituição de bens injustificadamente incorporados à massa falida emerge como uma fase essencial ao processo falimentar, pois através desta fica a massa falida impedida de se valer de patrimônio alheio para saldar as dívidas do devedor, além de salvaguardar a propriedade de terceiros de constrições injustificadas.

---

1 Conforme art. 105 da Lei nº 11.101\05: O devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear sua recuperação judicial deverá requerer ao juízo sua falência, expondo as razões da impossibilidade de prosseguimento da atividade empresarial.

Na falência, a existência da previsão legal do pedido de restituição ordinária, modalidade especial do poder de reivindicar, não se trata, portanto, de uma inovação promovida pelo direito empresarial e sim no reconhecimento de um instituto preexistente fundado no direito de propriedade<sup>2</sup>.

Sendo assim, o estudo do pedido de restituição se mostra preponderante para que se cumpra a *ratio* da Lei de Falências e Recuperações e do ordenamento jurídico como um todo.

O presente trabalho aborda em sua parte inicial os aspectos conceituais e históricos do pedido de restituição. A segunda parte trata do conflito entre a cláusula resolutória expressa e a função social dos contratos à luz do interesse da massa falida, sendo ainda estudado o pedido de restituição nos contratos em espécies, como: (i) a alienação fiduciária em garantia; (ii) o contrato estimatório; (iii) o arrendamento mercantil e (iv) o comodato.

Por fim, na terceira parte dedica-se ao tratamento processual que a lei dá ao pedido de restituição ordinária. Destaca-se que só será objeto de estudo a restituição fundada em direito real de propriedade, que não se reduza a restituição em dinheiro, chamada de restituição ordinária.

Assim, pretende-se com este trabalho analisar as divergências jurisprudenciais e doutrinárias quanto ao pedido de restituição ordinária com o escopo de identificar quais as hipóteses de cabimento, os seus efeitos com relação ao processo falimentar e o seu rito processual.

---

2 O direito de propriedade, entendido como direito fundamental, garantido na Constituição da República no art. 5º, inciso XXII, tem, por um dos seus consectários lógicos, assegurar ao proprietário o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possua. Isto se dá através do que se chama de reivindicatio, ou como chamavam os romanos *reivindicatio*.



## 2 — Evolução legislativa do pedido de restituição

Previa o Código Comercial (Lei nº 556/1850) em seu art. 874<sup>3</sup> a figura do credor de domínio, isto é, aquele que detém o domínio sobre algum bem arrecadado na falência do comerciante. Asseverava ainda o Código Comercial que não restando dúvida sobre os credores de domínio estes receberiam de plano a coisa reclamada.

O instrumento hábil a intentar este recebimento era a ação de reivindicação disciplinada na lei civil. Tratava-se da única exceção legal a decretação de suspensão das execuções contra a massa, conforme art. 830<sup>4</sup>, o que era plenamente plausível, haja vista ter o instituto a finalidade de proteger o direito de propriedade no âmbito civil e não exclusivamente no falimentar. Destarte, poderia a desintegração de um bem da massa falida ocorrer tão logo tenha sido selado<sup>5</sup>, pois a ação civil poderia já ter reconhecido o direito de propriedade do terceiro e por consequência o seu direito de reaver o bem.

---

3 **Art. 874:** Pertencem à classe de credores do domínio:

1 — Os credores de bens que o falido possuir por título de depósito, penhor, administração, arrendamento, aluguel, comodato, ou usufruto;

2 — Os credores de mercadorias em comissão de compra ou venda, trânsito ou entrega;

3 — Os credores de letras de câmbio, ou outros quaisquer títulos comerciais endossados sem transferência da propriedade (art. 361 n. 3); [...]

8 — O vendedor antes da entrega da coisa vendida, se a venda não for a crédito (art. 198).

4 **Art. 830:** As execuções que ao tempo da declaração da quebra se moverem contra comerciante falido, ficarão suspensas até a verificação dos créditos, não excedendo de trinta dias; sem prejuízo de quaisquer medidas conservatórias dos direitos e ações dos credores privilegiados ou hipotecários. Se a execução for de reivindicação (art. 874), prosseguirá, sem suspensão, com o Curador fiscal. Todavia, se os bens executados se acharem já na praça com dia definitivo para sua arrematação fixado por editais, o Curador fiscal, com autorização do Juiz comissário, poderá convir na continuação, entrando para a massa o produto se a execução proceder de créditos que não sejam privilegiados nem hipotecários, ou o remanescente procedendo destes.

5 Neste ponto cabe um esclarecimento: determinava o art. 809 do Código Comercial que na sentença da abertura da quebra o Tribunal de Comércio deveria ordenar que se apusessem selos em todos os bens do falido como forma de torná-los indisponíveis. Tal procedimento tem ímpar influência do direito italiano onde dá-se grande importância à aposição de selos no estabelecimento comercial e nos bens do falido que serão arrecadados.

Tais dispositivos eram recorrentemente criticados pela doutrina<sup>6</sup>, dada a imprecisão técnica do legislador. Os terceiros donos de bens arrecadados na falência não são credores da massa falida, não há relação creditícia a ser tutelada, não há crédito de domínio como dispôs o legislador. Da mesma forma, o emprego da ação reivindicatória era impróprio, pois a reivindicação na falência não se limita à proteção do direito de propriedade, como tem por escopo o instituto civilista; em matéria falimentar se protege também as relações obrigacionais e pessoais dos terceiros.

Com a edição do Decreto-Lei nº 917/1890, passou o legislador no art. 68<sup>7</sup> a denominar o terceiro dono de bem arrecadado de credor reivindicante, ao arrepio da crítica doutrinária.<sup>8</sup> Determinava ainda o texto legal em seu art. 150 que ao credor reivindicante seria concedido o prazo de 3 dias para se manifestar, devendo, na oportunidade, trazer aos autos prova inequívoca de seu domínio, o que de pronto exaspera o caráter incidental do, hoje denominado, pedido de restituição que sabidamente não se prestar a dirimir conflito de proprie-

---

6 Por todos, José Xavier Carvalho de Mendonça que em diversas passagens de sua obra critica os dispositivos. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VIII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934.

7 **Art. 68:** São credores reivindicantes, quer tenham ação real ou rei-persecutoria quer não, propriedade plena ou jus in re:

- a) o dono de coisa adquirida pelo falido de quem não era o proprietário;
- b) o dono de coisa em poder do falido por título de depósito, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação;
- c) os donos de mercadoria em comissão de compra ou venda, transito ou entrega;
- d) dono de coisa, embora fungível, em poder do falido por efeito de mandato, inclusive dinheiro, efeitos de comércio ou títulos a eles equiparados, endossados sem transferência de propriedade, ainda não pagos ou em poder de terceiro em nome do falido na época da falência; [...]

8 Leciona José Xavier Carvalho de Mendonça: “Se a própria expressão reivindicantes não evita censura, estas outras – credores de domínio, credores reivindicantes – são inegavelmente impróprias e ante-jurídicas, porque o dono da coisa não é credor de quem a possui; tem um *ius in re*, e não um *ius ad rem*, ou melhor não a recebe, em pagamento, a título de credor, mas, em restituição, a título de proprietário.” MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934, p. 274.

dade. Não obstante, não sendo apresentada contestação e não havendo dúvida sobre o domínio da coisa, poderia o síndico (hoje, administrador judicial) promover a entrega do bem arrecadado, como definia o art. 68, §3º do Decreto-Lei nº 917/1890.

Em 1908, passou o instituto a ser regulado pela Lei nº 2.024, que em seu art. 138<sup>9</sup> adotou a denominação “reivindicante”, o que igualmente era mal visto pela doutrina. Por outro lado, ciente da crítica doutrinária, o legislador expressamente previu o manejo do instituto na proteção dos direitos pessoais, tentando assim por via oblíqua corrigir a inconsistência jurídica da nomenclatura.

O Decreto nº 5.746/1929 repetiu o mesmo *nomem iuris* do diploma que revogara em seu art. 138<sup>10</sup>, o que não calou a doutrina como se denota da lição de Waldemar Martins Ferreira: “a reivindicação admitida no processo de falência não se reduz apenas à ação promovida pelo titular da propriedade, para restituição da coisa a seu dono. Estende-se, em rigor, à restituição pleiteada por quem, a título

---

9 **Art. 138:** Poderão ser reivindicados na falência os objetos alheios encontrados em poder do falido, e também, nos seguintes casos espécies, ainda que fundados em um direito pessoal:

1. As cousas em poder do falido a título de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamentos comodato, usufruto, uso e habitação.

2. As mercadorias em poder do falido a título de comissão de compra ou venda, transitio ou entrega.

Cessarà a reivindicação si as mercadorias tiverem sido vendidas e o preço creditado em conta corrente por autorização ou ordem do dono. [...]

5. As cousas vendidas a credito nas vésperas da falência e ainda em poder do falido, tendo sido o vendedor induzido por dolo ou fraude do mesmo falido.

10 **Art. 138:** Poderão ser reivindicados na concordata preventiva e na falência os objetos alheios encontrados em poder do falido, e também, nos seguintes casos, ainda que fundados em um direito pessoal.

1º As cousas em poder do falido a título de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação.

2º As mercadorias em poder do falido a título de comissão de compra ou venda, transitio ou entrega.

Cessarà a reivindicação si as mercadorias tiverem sido vendidas e o preço creditado em conta corrente por autorização ou ordem do dono.[...]

de direito real ou de contrato, tenha o direito de reaver a coisa arrecadada em poder do falido.<sup>11</sup>

No entanto, seguindo a orientação do mesmo autor passou a prever a reclamação reivindicatória também para a concordata preventiva, que só seria extinta pela Lei nº 11.101/2005.<sup>12</sup>

Não obstante, há de se destacar que todos os regramentos, até então, traziam em seu bojo um rol extenso de hipóteses de cabimento da ação reivindicatória, englobando, por vezes, grande parte dos credores da massa falida. Os tribunais pátrios, por sua vez, alargavam ainda mais o âmbito da reclamação reivindicatória, depauperando, com isso, o patrimônio falido, de modo a não permitir, comumente, qualquer magro rateio aos quirografários.<sup>13</sup>

O Decreto-Lei nº 7.661/1945 consagrou enfim o uso da expressão pedido de restituição em seu art. 76<sup>14</sup>. Delimitou com isto o legislador que o pedido de restituição “ou se alicerça em direito real, isto é, na propriedade em qualquer de suas manifestações, ou em relação de obrigação preexistente à falência, ou desta decorrente, a qual assegura ao reclamante o direito de reaver a coisa arrecadada.”<sup>15</sup>

---

11 FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*. v. XV. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 92.

12 Sugeriu Waldemar Ferreira: “antes de tudo aconselha que também se permita a reivindicação no processo da concordata preventiva, principalmente das coisas vendidas a crédito na véspera do requerimento desta, e ainda em poder do devedor. Inúmeros são os casos de comerciantes que, dias antes do requerimento de convocação dos credores, para lhes propor concordata preventiva, compram mercadorias, já com o intuito de não pagar.” Idem. *Questões de direito comercial*. 2ª série. São Paulo: Max Limonad, 1932, p. 172.

13 VALVERDE, Trajano de Miranda, *Comentários à lei de falências*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.33.

14 **Art. 76:** Pode ser pedida a restituição de coisa a arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato.

§ 1º A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa. [...]

15 VALVERDE, Trajano de Miranda, Op. cit. p.32.

Destarte, estava superada a crítica de outrora, o pedido de restituição era agora o meio próprio a perquirir a restituição de um bem.

A atual Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Lei nº 11.101/2005, manteve esta denominação em seu art. 85, intitulando a Seção II do Capítulo II “Do pedido de restituição”. Desta forma, os bens que vierem a sofrer constrição judicial, por estarem em poder do falido, mas que sejam de titularidade de terceiros, devem ser destacados da massa falida objetiva.

Há de se destacar que, em todos os regramentos, o pedido de restituição, antes ação reivindicatória, deveria ser proposto no juízo que determinara a quebra, não podendo o administrador judicial (anteriormente denominado síndico) oficiosamente proceder à restituição em entendendo ser esta devida.

Apontam, alguns autores, dentre eles Jozé Cândido Sampaio de Lacerda, que a verificação da titularidade dos bens só poderia se dá “judicialmente, a fim de se evitar, conluio para a subtração de valores.”<sup>16</sup> Neste diapasão, o legislador tipificou penalmente a conduta do administrador que oficiosamente procede a restituição no art. 172 da Lei nº 11.101/2005 como forma de tolher tal comportamento dada a sua nocividade ao concurso de credores.

Em posição diametralmente oposta encontra-se Sérgio Campinho, que seguindo o modelo francês<sup>17</sup> defende que:

---

16 LACERDA, Jozé Cândido de, *Manual de direito falimentar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 165.

17 No modelo francês o pedido de restituição se dá administrativamente perante o administrador como define o “article L624-17: L’administrateur avec l’accord du débiteur ou à défaut le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution d’un bien visé à la présente section. A défaut d’accord ou en cas de contestation, la demande est portée devant le juge-commissaire qui statue sur le sort du contrat, au vu des observations du créancier, du débiteur et du mandataire de justice saisi.”

a Lei nº 11.101/2005 não evoluiu, em nosso sentir, adequadamente no tema. Somos partidários de um posicionamento mais liberal sobre a restituição de bens e valores. Pensamos seria útil se processasse administrativamente, perante o administrador judicial que, com a autorização do juiz, após a oitiva do comitê de credores, pudesse promover a restituição. A obrigatoriedade do procedimento judicial não contribui para as tão decantadas economia processual e celeridade do processo de falência (parágrafo único do artigo 75), pois diversos incidentes deverão ser processados, ocupando, muitas vezes, desnecessariamente, a máquina judicial.<sup>18</sup>

Em se tratando de pedido de restituição todas as medidas de cautela devem ser empregadas, pois a restituição de um bem que intuitivamente pertença à massa falida desnaturaria a garantia do *par conditio creditorum*. Ademais, a necessidade de ratificação judicial demandaria ao juiz a mesma análise que hoje é feita quando oposto um pedido de restituição, sendo a demora na prestação jurisdicional um problema exclusivamente forense ao qual esse eventual pedido de autorização também seria submetido.<sup>19</sup>

O melhor é, como prevê a Lei nº 11.101/2005, a prestação de uma caução pelo terceiro que pretenda rever o bem de sua propriedade antes mesmo do trânsito em julgado da decisão do pedido de restituição. Evita-se assim o desvio injustificado de bens da massa falida objetiva, que consubstancia a garantia dos credores, e, ao mesmo tempo, a possível deterioração do bem do terceiro.

Nota-se, então, pela evolução histórica, que o pedido de restituição, como a ação revocatória<sup>20</sup>, foi sendo amoldado pelo regra-

---

18 CAMPINHO, Sérgio, *Falência e recuperação de empresa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 390.

19 O modelo italiano de restituição segue esta linha: “**Art. 87-bis. Inventario su altri beni:** In deroga a quanto previsto dagli articoli 52 e 103, i beni mobili sui quali i terzi vantano diritti reali o personali chiaramente riconoscibili possono essere restituiti con decreto del giudice delegato, su istanza della parte interessata e con il consenso del curatore e del comitato dei creditori, anche provvisoriamente nominato.”

mento falimentar a partir de um instrumento eminentemente civilista, mas que fora incorporado pelo legislador falimentar como meio de proteção dos interesses de terceiros que sejam prejudicados pela arrecadação de bens.

### **3 – Pedido de restituição e a teoria geral dos contratos**

Informados pelo princípio da autonomia da vontade, os contratos representam, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.<sup>21</sup>

Nos modelos de Estado liberal, sobretudo pós Revolução Francesa de 1789, mas ainda sob o trauma dos regimes absolutistas, a autonomia privada dos contratos era entendida como a maior expressão da liberdade dos indivíduos, um verdadeiro dogma que não poderia ser tolhido pelo Estado (“qui dit contractuelle, dit juste”<sup>22</sup>). Na época em que os economistas primavam pela lei da oferta e procura para regular o mercado, acreditava-se que a liberdade criaria relações isonômicas entre os indivíduos naturalmente, sendo assim era desnecessária a intervenção estatal. Este contexto influenciaria o legislador na edição Código Civil de 1916 notadamente um código individualista e liberal.

Com a transição do modelo liberal para o social, fruto das profundas transformações sociais e econômicas, percebeu-se que a liberdade por vezes criava desequilíbrios. Destarte, deveria o Estado estabelecer regras e princípios que coibissem a liberdade toda vez que

---

20 A ação revocatória tem por origem histórica o instituto civilista da ação pauliana.

21 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Contratos. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7.

22 Esta frase é atribuída ao filósofo do direito Alfred Fouillée.

ela causasse desigualdades. Mudou-se assim o paradigma da liberdade irrestrita para a liberdade vigiada, para o capitalismo social.

Neste diapasão surgiu o Código Civil de 2002, impondo limites aos contratos, dentre os quais a necessidade destes atenderem a sua função social, conforme art. 421 do Código Civil<sup>23</sup>, mitigando assim o princípio da relatividade dos contratos ao impor efeitos que extrapolem a esfera dos contratantes. Neste ponto, e distante das críticas<sup>24</sup> à redação dada ao dispositivo, diverge a doutrina quanto ao alcance da função social como limite a autonomia privada.

Para uma corrente de entendimento, trata-se de um conceito jurídico indeterminado do qual cabe a doutrina e jurisprudência a integração. A função social do contrato assim não seria dotada de eficácia jurídica independente, mas, por outro lado, deveria ser considerada pelo legislador em seu mister.<sup>25</sup>

Esta posição acaba por esvaziar a importância da função social, vez que esta só se manifestaria por intermédio de institutos jurídicos já positivados e não de forma autônoma.

---

23 Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

24 A doutrina diverge quanto à redação do art. 421 do Código Civil. Para uma corrente doutrinária, capitaneada por Álvaro Villaça Azevedo, pela redação do dispositivo legal, o legislador impôs a função social como limite à liberdade de contratar e não à liberdade contratual, que seria o correto. Já para outra corrente, por todos Gustavo José Mendes Tepedino, o dispositivo tem a redação correta, pois a busca de um fim socialmente útil não está relacionada apenas ao conteúdo do contrato, mas igualmente ao momento prévio que será a decisão de contratar ou não. Portanto a liberdade de contratar tem a função social como limite. Por esta última, o Ministério Público, por exemplo, poderia ajuizar uma ação civil pública para obstar a assinatura de um contrato lesivo ao meio ambiente.

25 Esta parece ser a opinião de Humberto Theodoro Júnior: "A lei prevê a função social do contrato, mas não a disciplina sistemática ou especificamente. Cabe à doutrina e à jurisprudência pesquisar sua presença difusa dentro do ordenamento jurídico e, sobretudo, dentro dos princípios informativos da ordem econômica e social traçada pela Constituição." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.93.



Há, no entanto, outra corrente de pensamento que entende a função social como um instrumento capaz de impor a terceiros o dever de respeitar e zelar pela relação jurídica firmada entre os contratantes. Desta forma, não só os contratantes deveriam respeitar o contrato, como se infere do princípio da relatividade, mas também terceiros, que poderiam pela função social dos contratos serem responsabilizados caso contribuam para o descumprimento da obrigação firmada por aqueles. Este foi o entendimento adotado pelo Conselho da Justiça Federal na I Jornada de Direito Civil, consolidado no Enunciado nº 21.<sup>26</sup>

Em sentido diametralmente oposto a que fora concebida a função social, esta posição acaba por dar aos contratantes uma garantia a mais de sua posição contratual. Originalmente, a função social prestava-se a impor limites e não benesses aos contratantes como forma de limitar a liberdade irrestrita criadora de desigualdades. Não obstante, é a boa fé objetiva que impõe aos terceiros não intervirem prejudicialmente nas relações contratuais das quais não fazem parte e não a função social do contrato, esta é fonte de deveres aos contratantes e não de direitos.

Nesta linha, defende uma terceira corrente à qual se filia Gustavo Tepedino, que a função social deve ser entendida como princípio que, nas palavras do autor, “impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”.<sup>27</sup>

Continua o autor:

---

<sup>26</sup> Enunciado nº 21 — Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Op. cit., p. 149.

Os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. A proteção dos interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública.”<sup>28</sup>

Neste ponto, ratifica o legislador a primazia da função social dos contratos, prevendo-a como questão de ordem pública, na forma do art. 2.035, parágrafo único do Código Civil<sup>29</sup>. Ressalte-se que esta limitação se impõe inclusive aos contratos firmados antes da entrada em vigor do Código Civil, reafirmando assim a sua proeminência no ordenamento jurídico.

Neste diapasão, emerge o pedido de restituição que notadamente conjuga interesses conflitantes, a massa falida esforçando-se para manter o bem arrecadado e o terceiro, por sua vez, tentando evitar a sujeição ao concurso de credores.

Estabelece assim o artigo 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005, que o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir sua restituição. Trata-se do meio pelo qual o terceiro pode reaver o bem de sua propriedade. “Sendo esse o alicerce de sua pretensão, o reclamante deverá alegar e provar o domínio sobre o bem reivindicado e a posse injusta que sobre ele está sendo exercida.”<sup>30</sup>

---

28 *Ibidem*, p. 151.

29 Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

30 CAMPINHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 390.

Essa posse injusta pode ser delineada por diversos meios a depender da espécie do contrato.

Como determina o art. 117 da Lei nº 11.101/2005, os contratos bilaterais<sup>31</sup> não se resolvem com a falência e a depender da manifestação do administrador judicial, com a autorização do Comitê de Credores, caso haja, poderão ser cumpridos. Nesta hipótese, o credor, em até 90 dias da data da assinatura do termo de compromisso do administrador judicial, poderá notificá-lo para que se manifeste em até 10 dias, importando o seu silêncio na extinção do contrato, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, conforme art. 117, §1º.

Já quanto aos contratos unilaterais<sup>32</sup> a lei faculta ao administrador judicial postular o cumprimento do contrato, caso seja autorizado pelo Comitê de Credores, se houver, importando assim a inércia do administrador judicial na rescisão do contrato.

Entretanto, com o escopo de se desvincular dessa faculdade que tem o administrador judicial no interesse da massa, tem sido cada vez mais frequente a disposição contratual que prevê a falência como causa de resolução de pleno direito do contrato. Por esta, independentemente da manifestação do administrador judicial e do interesse no cumprimento do contrato, na forma dos arts. 117 e 118, o contrato estará extinto com a decretação da falência de uma das partes e por consequência a posse da massa sobre o bem seria injusta.

No entanto, adstrito a esta disposição contratual pode ser que a manutenção da relação contratual favoreça a massa falida, e, por conseguinte, o interesse social. Nesta hora estará configurado o conflito entre o interesse da massa falida e a autonomia privada.

Neste ponto Fábio Ulhoa Coelho leciona:

---

31 Contrato bilateral é aquele em que as partes contratantes estão vinculadas a cumprir uma obrigação, uma para com a outra, sendo cada uma credora e devedora ao mesmo tempo.

32 Contrato unilateral é aquele que cria obrigações somente para um dos contratantes, há aqui um credor e um devedor, sem reciprocidade.

nos contratos interempresariais, costuma constar do instrumento a expressa previsão de resolução na hipótese de falência de um ou qualquer dos contratantes. Se as partes pactuaram cláusula de resolução por falência, esta é válida e eficaz, não podendo os órgãos da falência desrespeitá-la. O direito falimentar, como capítulo do direito comercial, tem normais contratuais de natureza supletiva da vontade dos contratantes; seus preceitos sobre obrigações contratuais só se aplicam se as partes não convencionaram diferentemente. Assim, o contrato se rescinde não por força do decreto judicial, mas pela vontade das partes contratantes, que o elegeram como causa rescisória do vínculo contratual.<sup>33</sup>

Pactua deste entendimento Sérgio Campinho que mesmo prevendo a possibilidade de enfraquecimento da decretação judicial de manutenção da atividade empresária como forma de preservar o ativo, dá prevalência à cláusula resolutiva expressa<sup>34</sup>.

Entende-se aqui, no entanto, que o interesse da massa deve prevalecer, logo a cláusula resolutiva expressa deve ser tida como ineficaz em relação à massa. Isto porque, não cumpre a mencionada cláusula com a sua função social, não sendo assim merecedora de eficácia jurídica.

Como pode uma cláusula contratual, fruto exclusivamente da autonomia privada e prevista antes da decretação da falência, elidir a preservação do ativo da massa falida?

Como dito, o juiz poderá na sentença pronunciar-se favoravelmente à continuação provisória da atividade empresarial do falido na

---

33 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 303.

34 Assim leciona o professor Sérgio Campinho: “Sendo ela deferida [a continuação provisória do negócio], caberá ao administrador judicial pronunciar-se a respeito da execução do contrato, salvo se houver cláusula expressa prevendo a falência como causa de extinção da relação contratual. Neste caso, em especial, pode ficar prejudicada a própria eficácia da manutenção da atividade.” CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 395.

forma do art. 99, XI. No entanto, caso exista algum bem do falido, essencial à sua atividade, em regime de alienação fiduciária sob esta cláusula, a determinação será inócua. A simples decretação da falência terá dado ensejo à resolução do contrato e o bem poderá ser alvo de um pedido de restituição ordinária, fulcrado no direito de propriedade, do art. 85.

Trata-se aqui de um interesse metaindividual que extrapola a relação entre credor e devedor. A manutenção dos contratos que permitam a preservação e manutenção dos ativos é uma garantia da massa de credores e um dever do administrador judicial.

Destarte, não se pode admitir que uma cláusula, no mais das vezes prevista em contratos de adesão<sup>35</sup> elaborados unilateralmente por instituições financeiras, possa alterar as regras do concurso de credores, condenando-os, em algumas hipóteses, a um rateio miserável. Ademais, o art. 75 da Lei nº 11.101/2005 impõe que o procedimento falimentar deva ter por primazia preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens arrecadados.

Neste ponto a lei espanhola de quebras parece ter evoluído, pois em recente reforma promovida pelo *Real Decreto-ley* nº 3/2009 à *Ley* nº 22/2003 (*Ley concursal*) passou o legislador daquele país a considerar não escrita a cláusula de contratos bilaterais que preveja a decretação da falência como causa de resolução de pleno direito, impondo expressamente a necessidade de manifestação do administrador judicial<sup>36</sup>.

---

35 Tal hipótese é muito comum nos contratos de alienação fiduciária em garantia e no contrato de arrendamento mercantil.

36 **Artículo 61.** Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.

1. En los contratos celebrados por el deudor, cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso.

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con

Dessa forma, tal qual no direito comparado, deve prevalecer o interesse da massa falida e a função social dos contratos sobre a cláusula resolutiva expressa. Isto porque, “o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República”<sup>37</sup>.

Isto posto, passa-se à análise de alguns contratos em espécie que fundamentam o pedido de restituição.

### 3.1 — Alienação Fiduciária em Garantia

De origem inglesa<sup>38</sup> o contrato de alienação fiduciária afigura-se como o contrato de garantia pelo qual o devedor fiduciante transfere o domínio resolúvel de um bem ao credor fiduciário por força de uma relação creditícia, de forma que a posse direta do bem permaneça com o fiduciante e o fiduciário passe a ter a posse indireta até o pagamento integral da dívida. Em se tornando inadimplente o devedor, poderá o credor alienar o bem objeto do contrato de garantia para satisfazer o seu crédito. Em contrapartida, com a quitação da dívida resolve-se o domínio que se consolida nas mãos do fiduciante.

---

obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. [...]

3. Se tendrán por no puestas las cláusulas que estable can la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

37 TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155.

38 O contrato de alienação fiduciária em garantia tem por origem o instituto inglês do *trust* que teve por escopo opor-se a sistemática aristocrática da *Comon Law*. Tratava-se do meio pelo qual os proprietários rurais ingleses, à época impossibilitados de transmitir por testamento a sua propriedade, podiam se valer para evitar que a sua propriedade se consolidasse nas mãos do *lord* (senhor da terra) na falta de herdeiros.

O legislador brasileiro disciplinou inicialmente o contrato de alienação fiduciária em garantia no art. 66 da Lei nº 4.728/65. No entanto, a imprecisão do art. 66, §2º que determinava que o devedor continuaria na posse do bem em nome do fiduciário tornou ineficaz, sobretudo, no aspecto processual, o instituto. Isto porque, as inúmeras controvérsias quanto à ação cabível para que o credor pudesse reaver o bem, e, assim, satisfazer o seu crédito, se ação de reintegração de posse ou imissão na posse ou, ainda, pela ação de compra e venda com reserva de domínio, maculavam a praticidade e a garantia que o instituto prometia aos credores.

Com o escopo de fortalecer os direitos do credor, o legislador editou o Decreto-Lei nº 911/69 alterando a redação original do aludido artigo, determinado assim que o contrato de alienação fiduciária em garantia transferiria o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa ao credor fiduciário, consagrando o desdobramento da posse. Melhor explicita o art. 4º ao determinar que, em não sendo possível se efetivar a busca e apreensão, seja por não ter sido encontrado o bem alienado fiduciariamente ou por não se achar na posse do devedor, o procedimento será convertido em ação de depósito.

Outra medida judicial relevante, prevista, neste Decreto-Lei, ratificadora dos direitos creditícios do credor é a restituição (art. 7º). O dispositivo determina que na falência do fiduciante fica assegurado ao credor, ora denominado proprietário fiduciário, o direito de requerer a restituição do bem, não se submetendo às incertezas do concurso de credores, ao contrário dos credores com garantia real.

Não obstante, fundado no ideal de ampliar as garantias do instituto, sobretudo, no que concernem às relações capitaneadas pelas instituições financeiras, foi editada a Lei nº 10.931/2004 que revogou o mencionado art. 66, passando a regulamentar a matéria no art.66-B da Lei nº 4.728/65.

Pela nova redação, o contrato de alienação fiduciária em garantia pode abarcar, como garantia, tanto bens infungíveis como fungíveis, como determina o art. 66-B, § 3º da Lei nº 4.728/65. Entendia a

jurisprudência que a instituição da garantia fiduciária sobre bem fungível desnaturaria o instituto em questão, pois a coisa objeto da garantia a ser porventura objeto de reivindicação poderia, e possivelmente seria, diversa daquela originalmente gravada com o ônus, o que para os tribunais, em sua maioria, representava um contra-senso.<sup>39</sup>

Superada no entanto a discussão ante a nova redação legal, em sendo inadimplida a obrigação creditícia, terá o credor fiduciário o direito de intentar a ação de busca e apreensão sobre o bem e aliená-lo, independentemente de avaliação prévia, leilão ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo cláusula contratual em contrário, aportando o preço no pagamento da obrigação e nas eventuais despesas com a realização da garantia, como determina o art. 66-B da Lei nº 4.728/65.

Não obstante, em sendo insuficiente o preço obtido para pagamento integral do débito permanecerá o credor detentor de um crédito em face do devedor, não mais fiduciário, pois a garantia já fora executada. Entretanto, sendo superior o preço da venda em relação à dívida deverá o credor restituir ao devedor o saldo remanescente acompanhado do demonstrativo da operação realizada, como esclarece o art. 66-B.

Pode ainda o devedor, se empresário, ter a sua falência decretada. Nesta hipótese, terá o credor fiduciário o direito de intentar o pedido de restituição, conforme art. 7º do Decreto-Lei nº 911/69. Entretanto, trata-se de simples especificação normativa já que o próprio

---

39 Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Alienação fiduciária em garantia. Ação de busca e apreensão. Ação de consignação em pagamento. Suspensão do processo. Bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis). [...]

- Aplica-se o direito à espécie para manter, por fundamento diverso, a extinção do processo da ação de busca e apreensão, tendo em vista que, em se tratando de bens fungíveis e consumíveis (comerciáveis), é inadmissível a alienação fiduciária e tampouco a ação de busca e apreensão e de depósito a que se refere o Decreto-Lei nº 911/69. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.346.240/SC. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, dia 03 de agosto de 2002.



artigo 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005 abarcaria esta causa de pedir. Isto porque, o pedido de restituição do art. 7º é lastreado pelo direito de propriedade, tal qual na lei de falências e recuperação.

Entretanto, sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/1945, caso os bens objeto da alienação fiduciária não fossem encontrados ou não houvessem sido arrecadados pelo juízo falimentar, resolvia-se o crédito no concurso de credores. Este também era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>40</sup>, haja vista que sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/45, expressamente se exigia a arrecadação prévia do bem para que fosse intentado o pedido de restituição, como determinava o art. 76.<sup>41</sup>

No atual regramento falimentar, contudo, poderá a restituição ser intentada com ou sem a arrecadação do bem, desde que o bem esteja na posse do falido quando da decretação da quebra, como determina o art. 85 da Lei nº 11.101/2005.

Incumbe destacar, que o credor fiduciário poderá, caso já tenha ingressado com a ação de busca e apreensão, requerer a conversão do procedimento em pedido de restituição, desde que não tenha

---

40 Alienação Fiduciária em Garantia. Ação de Busca e Apreensão. Conversão em Ação de Depósito. Falência da Empresa Fiduciária. Extinção do Processo Sem Resolução de Mérito. Credores Quirografários. 1. Proposta a ação de busca e apreensão antes da decretação da falência do devedor fiduciante, ainda que convertida em ação de depósito, em regra poderá o credor prosseguir a demanda, substituindo o pólo passivo pela Massa Falida, desde que os bens tenham sido objeto de arrecadação pelo Síndico. 2. Todavia, não localizados os bens dados em garantia fiduciária e, tampouco, arrecadados na falência, o proprietário fiduciário passa a deter um crédito meramente quirografário, regendo-se a controvérsia pela legislação falimentar. [...] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.847.759/MG. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, dia 14 de dezembro de 2009.

41 O STJ chancelava este entendimento: Pedido de Restituição. Bem Alienado Fiduciariamente Não Arrecadado em Poder do Falido. Inviabilidade, Inclusive Quanto a Pretensão de Substituir-se a Coisa Por Dinheiro. Não Tendo Sido Arrecadado o Bem, Por Não Mais Existir ou Por Ter Sido Vendido Antes da Falência, Descabe o Pedido de Restituição. O Privilégio do Credor (Garantia Real) Esgota-se no próprio Bem alienado Fiduciariamente e Não Passa a Outros, Muito Menos ao Dinheiro. Recurso Especial Não Conhecido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 39.208/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, dia 14 de fevereiro de 1995.

sido efetivada a medida constritiva da busca. Isto porque por ela retirar-se o bem da posse do devedor o que, por conseguinte, inviabiliza a arrecadação pelo administrador judicial. Logo, diante desta hipótese não caberá o pedido de restituição por falta de fundamento legal, eis que o bem nem estará arrecadado nem em posse do falido.

Outro ponto relevante, ao qual a jurisprudência vem se repoustando é a necessidade ou não de registro do contrato de alienação fiduciária junto ao Cartório de Títulos e Documentos competente para que este seja eficaz. Nos contratos celebrados no âmbito do Código Civil a exigência se faz dada a redação do art. 1.361, que expressamente prevê a necessidade do registro. Quanto ao contrato firmado no âmbito do sistema financeiro, a Lei nº 4.728/1965 em seu art. 66-B, cuja redação fora dada pela Lei nº 10.931/2004, a exigência parece ser a mesma visto que a lei expressamente faz remissão, neste ponto, ao Código Civil.

Todavia, a jurisprudência vem solucionando a questão em dois momentos distintos. Prevalece o entendimento no qual não se exige o registro para que o contrato de alienação fiduciária seja válido e produza efeitos inter partes, seria o registro aqui mera formalidade. Por outro lado, somente o registro dará a publicidade exigida para que o contrato produza efeitos perante terceiros não participantes da relação contratual, como na falência, seria assim o registro condição de eficácia do contrato.<sup>42</sup>

---

42 Com base neste último fundamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou o pedido de restituição de um bem objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia: “Falência. Pedido de restituição. Contrato de abertura de crédito garantido por alienação fiduciária. Possibilidade de o devedor alienar fiduciariamente os bens integrantes de seu patrimônio, cabendo o pedido de restituição. O pedido de restituição dos bens, nessas circunstâncias, só é admissível desde que o contrato tenha sido celebrado e registrado antes do termo legal da falência. O registro do título, conforme exigência do art. 66, da Lei nº 4728/65, no caso da falência, é indispensável para valer contra terceiros, tratando-se de execução coletiva, sob pena de ofensa ao princípio da *“par conditio creditorium”*. Recurso ao qual se nega provimento.” BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2002.001.0868-7. Relator: Desembargador Fernando Cabral. Rio de Janeiro, dia 25 de junho de 2002.

Neste diapasão decidiu recentemente o STJ, reafirmando assim que a exigência de registro não é requisito de validade do negócio jurídico, este vale perfeitamente entre os signatários. Ao revés, só será o negócio oponível a terceiros de boa fé com o registro.<sup>43</sup>

Ultrapassada a divergência, e deferido o pedido de restituição pelo juízo da ação que decretou a quebra do devedor, o bem será destacado da massa e alienado nos moldes do art. 66-B da Lei nº 4.728/65, já analisado. Restando eventual saldo positivo, deverá o credor satisfeito entregar o respectivo saldo ao administrador judicial da massa falida que o submeterá ao concurso geral de credores.

No entanto, por vezes o produto da venda não extinguirá toda a dívida e nem saldará as despesas da alienação, nesta hipótese deverá o credor se habilitar na classe dos quirografários, pois já não terá o seu crédito qualquer privilégio em face dos demais credores.

Não obstante, deve-se ressaltar que o aludido pedido de restituição só será possível caso o administrador judicial da massa falida não deseje dar continuidade ao contrato, pois como nos contratos bilaterais na falência, o administrador judicial pode dar cumprimento ao contrato se julgar ser benéfico à massa falida (art. 117 da Lei nº 11.101/05). Assim entendendo o administrador judicial, este não deve olvidar esforços para cumprir a avença, haja vista ser a inadimplência causa resolutive legal do contrato.

---

43 Em seu voto, nos autos do ERESP nº 278.993/SP, o Min. Heman Benjamin, acompanhando o relator Min. Teori Zavascki e o Min. João Otávio de Noronha assim elucidou a questão: “como é cediço, o contrato de alienação fiduciária somente tem validade perante terceiros depois de devidamente registrado no Cartório, nos moldes ditados pela legislação mencionada. E, por oportuno, esclareça-se: a exigência do registro não é requisito de validade do negócio jurídico em questão. Para as partes signatárias a avença é perfeita e plenamente válida, independentemente do registro que, se ausente, traz como única consequência a ineficácia do contrato perante o terceiro de boa-fé, conforme estatuído na própria lei.(...)” BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EREsp. 278.993/SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília, dia 9 de junho de 2010.

Da mesma forma, optando o administrador judicial pela manutenção do contrato, não poderá o bem ser afetado por ato falimentar, visto ser da propriedade de terceiro e não da massa falida, assim não poderá o bem, por exemplo, ser alienado pela massa.

Cabe aqui esclarecer que apesar de se optar por esta posição, ela não é unânime na doutrina. Há quem entenda que a decretação da falência gera o inadimplemento antecipado do contrato pela inequívoca insolvência do devedor permitindo assim que o credor retome o bem.<sup>44</sup> Tal argumentação não parece ser verossímil, pois a decretação da falência de certo pressupõe a insolvência do falido, mas em contrapartida não acarreta o inadimplemento do contrato em questão. Pode o contrato ser plenamente adimplido sem que a decretação da falência tenha lhe causado qualquer efeito.

Destarte, com ainda mais razão, não deve o pedido de restituição preceder a manifestação do administrador judicial como assevera a jurisprudência do STJ.<sup>45</sup>

Por fim, como já elucidado neste trabalho, entende-se que a existência de cláusula contratual tendo a falência como causa resolutiva não deve prevalecer sobre o interesse da massa. Assim, mesmo com a previsão contratual deve o administrador judicial manifestar-se sobre o cumprimento do contrato conforme art. 117.

---

44 Esta parece ser a posição de Joaquim Antônio Penalva Santos, que leciona: “por força do inadimplemento antecipado do contrato, a lei permite ao credor fiduciante retomar a posse do bem alienado fiduciariamente, por meio da ação de restituição.” SANTOS, J.A. Penalva, *Op. cit.*, p.77.

45 Comercial. Falência. Contrato Garantido por Alienação Fiduciária. Se, até a data da quebra, as respectivas obrigações estavam sendo rigorosamente cumpridas, a massa falida pode optar pelo cumprimento do contrato (DL 7.661/45, art. 43); antes da interpelação do síndico para que declare se cumpre ou não o contrato, o pedido de restituição do bem alienado fiduciariamente é prematuro. Recurso especial não conhecido.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.172.367/PR. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, dia 30 de abril de 2002.

### 3.2 — Contrato Estimatório

Com o advento do Código Civil de 2002, a legislação nacional passou a prever o contrato estimatório como forma típica de contrato, antes as suas regras fundavam-se nas de outros contratos o que asseverava a discussão sobre a sua natureza jurídica.

De modo a amenizar a discussão o Código Civil italiano de 1942 tipificou, nos arts. 1.556 a 1.558<sup>46</sup>, o contrato estimatório dando-lhe assim uma natureza jurídica própria, autônoma, o que fora adotado pelo Código Civil brasileiro nos arts. 534 a 537.

Desta forma, define Sylvio Capanema de Souza: o contrato estimatório é “aquele pelo qual uma pessoa recebe de outra, coisa móvel, com a obrigação de restituí-la ou pagar em prazo certo o preço estimado, tendo a faculdade de disposição da mesma”<sup>47</sup>. Em outras palavras, uma parte entrega a outra um bem de sua propriedade para que esta pague determinado preço já estipulado ou devolva a coisa na forma e estado em que recebeu.

Com efeito, em ocorrendo a falência do consignatário cabe ao consignante intentar o pedido de restituição com base no art. 85 da Lei nº 11.101/2005 para reaver a coisa, pois somente os bens do falido compõem a garantia dos credores e não os de terceiros.

---

<sup>46</sup> Art. 1556. Nozione: Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito.

Art. 1557. Impossibilità di restituzione: Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile .

Art. 1558. Disponibilità delle cose: Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo .

Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite.

<sup>47</sup> DE SOUZA, Sylvio Capanema, Do contrato estimatório. In: TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo código civil*. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.57.

A arrecadação poderia ser obstada, *a priori*, pelo art. 536 do Código Civil que veda a constituição de penhora ou sequestro sobre o bem consignado enquanto o preço não for pago. Assim, com muito mais razão seria a impossibilidade de arrecadação pelo administrador desses bens que compõem o patrimônio do consignante e não do consignatário. Desta forma também conclui Frederico Augusto Monte Simionato.<sup>48</sup>

No entanto, tal solução nos não parece adequada, pois como se infere do art. 110 da Lei nº 11.101/2005, os bens que forem de propriedade de terceiros serão elencados no inventário de arrecadação, ou seja, o administrador judicial deve arrecadar os bens que sabidamente não compõem a massa falida. Trata-se de uma regra de proteção ao concurso de credores. A arrecadação indiscriminada dos bens que forem encontrados com o falido assegura, ou ao menos pretende assegurar, aos credores que de fato todo o ativo do falido será destinado ao adimplemento dos seus respectivos créditos. Assim também decidiu o STJ.<sup>49</sup>

---

48 Ademais, confirma o título de propriedade do consignante que a coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço (art.536, Código Civil). Se a coisa não pode ser objeto de penhora ou sequestro, mais ainda não poderá ser arrecadada na falência do consignatário, cabendo, assim o pedido de restituição, como legítimo proprietário. SIMIONATO, Frederico Augusto Monte, *Tratado de direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.616.

49 Direito Comercial. Falência. Pedido de Restituição de Dinheiro. Alienação de Mercadorias Recebidas em Consignação Antes da Quebra. Contabilização Indevida pela Falida do Valor Equivalente às Mercadorias. Dever da Massa Restituir ou as Mercadorias ou o Equivalente em Dinheiro. Súmula 417 do STF. 1- O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. [...] 3- Se o consignatário vendeu as mercadorias entregues antes da decretação da sua falência e recebeu o dinheiro da venda, inclusive contabilizando-o indevidamente, deve devolver o valor devidamente corrigido ao consignante. Incidência da Súmula n.º 417 do STF. 4- A arrecadação da coisa não é fator de obstaculização do pedido de restituição em dinheiro quando a alienação da mercadoria é feita pelo comerciante anteriormente à decretação da sua quebra. [...] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.710.658/RJ. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, dia 26 de agosto de 2005.

Deve-se atentar, no entanto, que cabe ao administrador judicial pronunciar-se sobre a continuação ou não do contrato para efeitos de restituição, com base no art. 117 da Lei nº 11.101/05, ainda que subsista a previsão de cláusula resolutiva expressa, face a necessidade de se otimizar e preservar a unidade produtiva dos bens, na forma do art. 75. Por exemplo, imagine que um contrato estimatório fora firmado para a venda de 100 barris de petróleo no valor de R\$ 18 mil e, neste período, sobrevêm a falência do consignatário. Contudo, no mesmo momento, há uma crise de desabastecimento, e o barril tem o seu valor triplicado. Nesta hipótese mais vale ao administrador judicial dar prosseguimento ao contrato, vendendo o bem por um valor bem acima do estipulado e entregando a quantia estipulada ao consignante, do que optar pela resolução do contrato e consequente entrega do bem. Melhor será, pois se estará angariando mais a massa falida objetiva.<sup>50</sup>

### 3.3 — Arrendamento Mercantil

De origem norte-americana o contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* pode ser conceituado genericamente como o contrato pelo qual uma das partes, pretendendo utilizar um bem, indica-o a uma instituição financeira para que ela o adquira e o alugue posteriormente a ele. Destarte, representa um forte instrumento de financiamento para a aquisição de bens, pois permite que o agente econômico aproveite do bem sem que para tal precise reduzir substancialmente o capital de giro da sociedade. Isto ganha ainda mais relevância quando se pensa nos bens sujeitos à maior desgaste, onde o arrendatário precisa promover constantes substituições.

---

50 Da mesma forma aponta Trajano de Miranda Valverde, ainda sob a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao lecionar que “sobrevindo a falência, tem o consignante o direito, se o síndico [hoje administrador judicial] não mantiver o contrato, de reclamar a restituição da coisa [...]”. VALVERDE, Trajano de Miranda, Op.cit., p.54.

No entanto, o contrato de arrendamento mercantil<sup>51</sup>, apesar de facilitar o acesso ao crédito, não dá ao arrendatário a segurança jurídica que um proprietário tem, haja vista que como não há a transferência de propriedade o arrendatário poderia ser privado repentinamente de um bem essencial a sua atividade caso se torne inadimplente.

Neste contrato o arrendatário tem a obrigação de pagar o aluguel ajustado e conservar o bem, já o arrendador a obrigação de resguardar a posse mansa e pacífica do bem ao arrendatário durante a vigência do contrato. Como aponta Caio Mário da Silva Pereira, ao final do prazo estipulado no contrato, cabe ao arrendatário uma tríplice alternativa: ou restituir a coisa ou renovar o contrato ou adquirir o bem pelo valor estipulado no contrato.<sup>52</sup>

A possibilidade de aquisição do bem pelo arrendatário ao final pelo preço anteriormente estipulado foi o que alavancou o instituto na seara comercial e posteriormente no campo jurídico.

No ordenamento pátrio o contrato de arrendamento mercantil foi tipificado pela Lei nº 6.099 de 12 de setembro de 1974, que apenas definiu o tratamento tributário da relação contratual, sendo esta regu-

---

51 Este ato de que decorre o arrendamento mercantil tem 3 figuras tradicionalmente: o arrendante ou arrendador, o arrendatário e o fornecedor do bem, definidos na lição de Sílvio de Salvo Venosa: “Arrendante é a empresa de leasing, de atuação financeira, com objetivo assim expresso nos estatutos sociais, conforme nosso Direito, que se encarrega de arrendar o bem ao arrendatário. Ressalte-se que a empresa de leasing deve ter autorização do Banco Central do Brasil para funcionamento e está sob fiscalização dessa autarquia. Arrendatário é o sujeito que, tendo necessidade de um bem móvel ou imóvel, dele se utiliza sob essa modalidade. O fornecedor do bem é o terceiro sujeito envolvido no negócio. Trata-se do alienante do bem encomendado pelo arrendatário à arrecadante. Não participa necessariamente do contrato”. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. cit., p.572.

52 Na lição de Caio Mário caberá ao arrendante: “ a) restituir a coisa ao arrendador, respondendo pelos danos que a mesma sofrer, salvo a deterioração advinda do uso regular, b) renovar o contrato, com o mesmo objeto ou outro de características iguais ou semelhantes; c) adquirir o bem pelo valor previsto no contrato, o qual consiste na pré-fixação de um preço que leva em consideração o uso da coisa pelo arrendatário e os pagamentos percebidos pelo arrendador (valor residual)”. PEREIRA, Caio Mario da Silva, Op. cit., p. 202.



lamentada inicialmente pela Resolução nº 351/1975 do Conselho Monetário Nacional, que fora revogada pela Resolução nº 980/1984, e, esta pela Resolução nº 2.309/96. Em sua redação original, o contrato de arrendamento mercantil só podia ser utilizado por pessoa jurídica, no entanto com a edição da Lei nº 7.123/1983, que deu nova redação ao art. 1º da Lei nº 6.099/74, passou-se a admitir que pessoas físicas assumissem a posição de arrendatário. Não obstante, a figura da arrendadora ainda é reservada às pessoas jurídicas, mais especificadamente às instituições financeiras sujeitas à fiscalização e controle do Banco Central.

A despeito da regulamentação legal, a característica primordial e que constitui a principal garantia do contrato é a manutenção da propriedade nas mãos do arrendante. Tal afirmativa ganha relevância no caso de decretação da falência do arrendatário. Nesta hipótese, pode o arrendante intentar o pedido de restituição para reaver o bem, já que é de sua propriedade. No entanto, como aponta Sérgio Campinho, para tal deverá provar “não só a titularidade sobre a coisa, mas também a posse ilegítima da massa falida”<sup>53</sup>.

Neste diapasão, como em todo contrato bilateral, pode o administrador judicial entender pelo cumprimento do contrato, na forma do art. 117 da Lei nº 11.101/2005, nesta hipótese não há que se falar em restituição, pois não estará a massa falida na posse legal do bem e sim em virtude de contrato. No entanto, em entendendo pela resolução contratual, abre-se ao arrendante a possibilidade de ingressar com o pedido de restituição no juízo que decretou a quebra, conforme art. 85.

Pode ainda, e hoje é cada vez mais comum, o contrato expressamente dispor que em caso de falência haverá resolução do contrato de pleno direito, hipótese em que não se perquiriria a vontade do administrador judicial, podendo o arrendante perseguir o bem arrecadado pelo administrador pela via do pedido de restituição. No entan-

---

53 CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 394.

to, entende-se aqui que tal disposição não deve prevalecer sob o interesse da massa falida e do concurso de credores, pois não cumpre a mencionada disposição contratual com a função social exigida de todos os contratos, sendo assim é a cláusula ineficaz perante a massa falida.

Não obstante, pela própria natureza do contrato de arrendamento mercantil, entendendo o administrador judicial pelo cumprimento do contrato este está obrigado a adimpli-lo, pois em caso de mora estará o arrendante autorizado pela lei a rescindir o contrato e intentar o pedido de restituição ordinária com base na propriedade sobre o bem.

Este também foi o entendimento adotado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 7.661/1945, mas que muito se amolda a atual disposição legal<sup>54</sup>.

---

54 **Falência.** Arrendamento mercantil sob forma de leasing. **Pedido de restituição.** Art. 76 da L.F. Trata-se de **contrato** de locação mercantil de quatro caminhões basculantes, sob a forma de leasing. Como se sabe, o leasing é um **contrato bilateral**, complexo e comutativo e, se trata de um **contrato**, dispõe o art. 43 da L.F.[hoje art. 117 da Lei nº 11.101/2005] que “os **contratos bilaterais** não se resolvem pela **falência** e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa”. Cabe ao síndico, portanto, informar à outra parte contratante que pretende continuar com o negócio, cumprindo suas cláusulas, se isto for do interesse da Massa. Por seu turno, se nenhuma providência for tomada pelo síndico o contraente pode interpellá-lo para que lhe esclareça se pretende manter o **contrato** em vigor (par. único do art. 43). De forma que não se pode romper um **contrato** de arrendamento mercantil se o art. 43 da L.F. dispõe que ele não se resolve com a **falência** e se, por outro lado, o síndico sequer se manifestou sobre a conveniência do cumprimento dele. **Portanto, a decretação da falência não induz ao rompimento do contrato de arrendamento mercantil, salvo se houver mora ou declaração expressa do síndico de que não pretende dar continuidade ao contrato, casos em que poderá a arrendadora requerer a restituição.** Agravo rejeitado. Asseverou ainda, em seu voto, o desembargador Gustavo Kuhl Leite: “não se vislumbra como se possa romper um contrato de arrendamento mercantil se o art. 43 da L.F. dispõe que ele não se resolve com a falência e se, por outro lado, o síndico se quer se manifestou sobre a conveniência do cumprimento dele. **Ademais, acresce observar que foi concedida a continuação do negócio, em caráter excepcional, e o objeto social da falida é, exatamente, o transporte de coisas, de forma que é de toda conveniência, não só para a Massa como e, principalmente, para os seus credores, que a falência possa ser levantada, o que, por certo, não ocorrerá se forem retirados os veículos que constituem o instrumento de trabalho da empresa. Fique claro, contudo, que se ocorrer mora no pagamento das**

Ressalte-se, por fim, que, como já apontava José Xavier Carvalho de Mendonça “o proprietário não pode reivindicar a importância de rendas ou de aluguéis não pagos”<sup>55</sup>, cabe-lhe apenas se habilitar na falência, submetendo-se assim ao concurso de credores, sob o manto da *par conditio creditorum*.

### 3.4 — Comodato

O contrato de comodato, apresentado por vezes sob o título de empréstimo, possui disciplina própria no Código Civil pátrio no art. 579, sendo definido como “o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis”. Em outras palavras, é o contrato pelo qual gratuitamente uma pessoa transfere a outrem um bem infungível para que se utilize e após promova a restituição.

Neste ponto, importante diferenciar o contrato de mútuo do contrato de comodato, já que ambos são apresentados como espécies típicas de empréstimo.

No contrato de mútuo, o mutuário recebe a propriedade da coisa a ele emprestada, por isso é conhecido como empréstimo de consumo. Aqui não há a repartição da posse em direta e indireta. O objeto do mútuo há de ser fungível, daí emerge a harmonização com a transmissão do domínio. A obrigação de restituir recai em um bem de mesmo gênero, qualidade e quantidade e não propriamente o mesmo bem que fora objeto do empréstimo, pois este no mais das vezes já fora consumido.

---

prestações e depois do síndico ter assumido o compromisso de dar cumprimento ao contrato, poderá a arrendadora, então, ingressar com o pedido de restituição.” (grifo) BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2.016. Relator: Desembargador Gustavo Kuhl Leite. Rio de Janeiro, dia 21.10.1997.

55 MENDONÇA, José Xavier Carvalho de Mendonça, Op. cit., p. 290.

Em contrapartida, no comodato o comodante transfere apenas a posse do bem ao comodatário, permanecendo com o domínio sobre o bem. Aqui, há a repartição da posse, o comodatário possui a posse direta sobre o bem, ao passo que o comodante permanece com a posse indireta, já que é o proprietário do bem. Nesta hipótese, deverá o comodatário restituir exatamente o bem que fora dado em empréstimo, eis que este não se prestou ao consumo e sim ao uso, por isso é conhecido o comodato como empréstimo de uso.

Esta distinção tem reflexo primordial quanto ao pedido de restituição, pois só caberá o pedido de restituição no comodato. Isso porque, como dito, só no comodato o comodante permanece como proprietário do bem que é elemento da ação restituitória.

Sobrevindo assim a falência do comodatário, poderá o comodante intentar o pedido de restituição. Entretanto, este pedido estaria ou não condicionado a manifestação do administrador judicial pelo cumprimento ou não do contrato?

O antigo regramento falimentar, Decreto-Lei 7.661/1945, pouco tratava dos contratos unilaterais<sup>56</sup> e, portanto, por falta de regulamentação legal específica e uma interpretação a *contrario sensu* do então art. 43<sup>57</sup>, apenas os contratos bilaterais eram poupados da resolução *ope legis*, isto é, por efeito da decretação da falência; aos contratos unilaterais em sendo o falido devedor importaria a resolução antecipada do contrato.

A atual lei de falência inovou nesta matéria ao dispor em seu art. 118 que o administrador judicial poderá dar prosseguimento aos

---

56 Majoritariamente, se não unânimes, a doutrina e da jurisprudência entendem que o contrato de comodato é um contrato unilateral, como leciona Sílvio de Salvo Venosa os contratos de comodato representam: “um contrato unilateral gratuito por meio do qual o comodante entrega bem não fungível para uso ao comodatário, o qual deve devolvê-lo após o tempo certo”. VENOSA, Sílvio de Salvo, Op. cit., p.180.

57 Art. 43: Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa.

contratos unilaterais desde conte com a anuência do Comitê de Credores<sup>58</sup>. Todavia, não consentindo o comitê, o contrato se resolveria tal qual no regramento anterior, devendo o comodante intentar o pedido de restituição, com base no art. 85, *caput* da Lei nº 11.101/2005.

Não obstante, o Comitê de Credores não é um órgão obrigatório nos processos de falência. Destarte, em não havendo, determina o art. 28 que as suas atribuições serão conferidas ao administrador judicial ou ao juiz, em caso de incompatibilidade, que no caso em tela nos parece haver.

Meio corriqueiramente adotado na prática comercial que se afasta desta discussão é a existência de cláusula contratual prevendo expressamente a resolução do contrato em caso de falência, quando o simples fato de ser decretada a falência, e a consequente arrecadação do bem, já enseja que o comodante ingresse com o pedido de restituição para reaver o bem de sua propriedade, como aponta Trajano de Miranda Valverde ao definir contrato de comodato: “são contratos que não se rescindem com a falência, salvo cláusula expressa em contrário”.<sup>59</sup>

Neste ponto, valem os comentários anteriores sobre a preservação e otimização da utilização produtiva dos bens que se contrapõem a resolução expressa do contrato por uma cláusula.

#### **4 – Aspectos processuais do pedido de restituição**

Analisado o direito de propriedade que fundamenta o pedido de restituição ordinária, previsto no art. 85, *caput*, passa-se a estudar

---

58 Para Sérgio Campinho: “não sendo deferida a continuação provisória do negócio, não há mais atividade comercial entre as partes a justificar a permanência do empréstimo. Sendo ela deferida, caberá ao administrador judicial pronunciar-se a respeito da execução do contrato [...]” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 395.

59 VALVERDE, Trajano de Miranda, Op. cit., p.58.

o procedimento e os efeitos do pedido de restituição ordinária na Lei de Falências e Recuperação de Empresas.

#### **4.1 — Individualização do Bem e Manifestação do Administrador Judicial**

Oriundo da ação romana *reivindicatio*, o pedido de restituição é tratado pela lei como um incidente processual ao procedimento falimentar que permite ao proprietário reaver o seu bem que esteja injustamente sobre a posse da massa falida, não permitindo que este seja alienado para satisfazer o quadro geral de credores. Isto porque, não podem bens de terceiros se prestarem a adimplir as obrigações do falido, sob pena de enriquecimento ilícito da massa falida, que verá seus débitos serem quitados à custa do patrimônio alheio.

Por outro lado, com a decretação da falência, deverá o administrador judicial nomeado pelo juízo falimentar arrecadar todos os bens que encontrar em poder do falido, não perquirindo neste mister a sua verdadeira titularidade, sendo esta uma prerrogativa exclusiva do juiz da falência, pois como define Waldemar Martins Ferreira são esses bens “presuntivamente pertencentes ao falido”<sup>60</sup>. Sendo ainda uma obrigação legal do administrador judicial, que, caso não promova a arrecadação estará sujeito, conforme o art. 23<sup>61</sup> da Lei nº 11.101/2005, às penalidades do crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal.

O direito de propriedade, reconhecido como direito fundamental nos termos do art. 5º, XXII da Constituição da República, permite ao proprietário usar, gozar e dispor da coisa, e, sobretudo, o

---

60 FERREIRA, Waldemar Martins, *Tratado de direito comercial*, v. XV. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 88.

61 Art. 23. O administrador judicial que não apresentar, no prazo estabelecido, suas contas ou qualquer dos relatórios previstos nesta Lei será intimado pessoalmente a fazê-lo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de desobediência.

direito de reavê-la de quem a tenha injustificadamente, na forma do art. 1.228 do Código Civil, tal fazia o art. 524 do Código Civil de 1916. Destarte, o pedido de restituição ordinária é um corolário do direito constitucional de propriedade.

Sendo assim, assevera Jozé Cândido Sampaio de Lacerda que “na falência, o aparecimento da reivindicação não é, portanto, um favor especial criado pela lei, porém, tão somente o reconhecimento solene de um instituto preexistente, tendo por fundamento o direito de propriedade.”<sup>62</sup>

Desta forma, independentemente da existência do instituto restitutivo ordinário no regramento falimentar, teria o terceiro proprietário de bem injustamente arrecadado a possibilidade de se insurgir contra tal constrição. Assim, ocorria no Código Comercial, onde os proprietários valiam-se do instituto civil da ação reivindicatória.

Exigia-se no ordenamento anterior, art. 76 do Decreto-Lei nº 7.661/45, que a coisa reclamada houvesse efetivamente sido arrecadada<sup>63</sup>, do contrário deveria o terceiro, e agora, credor, habilitar-se no concurso de credores. Neste sentido também se manifestava o Superior Tribunal de Justiça quando instado<sup>64</sup>.

---

62 LACERDA, Jozé Cândido de, Op. cit. p. 167.

63 Na doutrina lecionava Trajano de Miranda Valverde, ratificando a exigência legal, mas ampliando o instituto para os bens não arrecadados que estivessem à disposição do falido, ainda que na posse de terceiros: “Quer seja o fundamento do pedido o domínio ou a propriedade, quer seja uma relação de obrigação, dois requisitos são absolutamente necessários para justificar a pretensão do reclamante: a) que a coisa tenha sido arrecada em poder do falido; b) que ela seja devida em virtude de direito real ou de contrato. Consideram-se em poder do falido as coisas que se acham à disposição dele, em poder de terceiros.

64 REsp. 25715/SP: Falência. Pedido de Restituição de Bens art. 76, caput, do Del. 7661/45. Arrecadação. Pressuposto. Recurso Desacolhido – É Pressuposto de Pedido de Restituição a que Alude o art. 76 da Lei de Falências, Tenham Sido Arrecadados pelo Síndico os Bens cuja Devolução se Reclama Judicialmente. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp.25715/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo. Brasília, dia 22.12.1994.

No mesmo sentido o REsp nº 5.250/SP: Alienação Fiduciária. Falência. Ação de Busca e apreensão. Decretada a Falência do Devedor, sem a Arrecadação do Bem Alienado Fiduciária-

A atual lei de falências neste ponto evoluiu ao prever expressamente em seu art. 85, *caput* que “o proprietário de bem arrecadado no processo de falência ou que se encontre em poder do devedor na data da decretação da falência poderá pedir a sua restituição”. Isto porque, permite ao terceiro defender a sua propriedade independentemente de um ato do administrador judicial, a sua defesa não está limitada como outrora à arrecadação do bem.

Por ser decorrente do direito de propriedade, o pedido de restituição ordinária deve estar devidamente fundamentado, ou seja, deve trazer em si prova cabal e indiscutível da propriedade, como determina o art. 87, pois não se presta o instituto restitutivo a dirimir cizânia quanto à titularidade do domínio. O pedido de restituição tem sim como único escopo restituir a coisa que esteja na posse da massa falida por fruto da arrecadação ou, excepcionalmente, do falido quando da decretação da falência.

Além de fundamentar, o autor deve na petição inicial descrever a coisa reclamada, pois não cabe pedido de restituição de coisa indeterminada. A primazia fundamental ligada ao pedido de restituição mostra a importância da descrição do bem e a preocupação de se ater ao princípio da devolução “in natura” sem prejudicar outros interesses em disputa, nas restituições especiais ou em dinheiro.

A importância de um determinado bem no acervo da massa falida pode comprometer a continuidade da atividade empresarial, quando determinada a restituição pelo juízo. Neste diapasão, um pedido de restituição mal formulado, e negligentemente deferido, pode engessar ou até impossibilitar a continuação da empresa pelo administrador judicial, e assim prejudicar o concurso de credores que possivelmente terá a sua garantia, qual seja, os bens do falido, deteriorados e/ou em menor contingente.

---

mente, Cabe ao Credor Habilitar seu Crédito como Quirografário. Recurso Conhecido, Mas Improvido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 5.250/SP. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, dia 19 de junho de 1997.



Dessa forma, a exigência legal de fundamentação, descrição do bem e manifestação ou não oposição do administrador judicial, mostra-se em plena conformidade com a “otimização” e utilização produtiva dos bens do falido, ditame da Lei nº 11.101/2005.

#### **4.2 — Rito processual e natureza jurídica**

O pedido de restituição, a ser dirigido ao juízo universal da falência, deve ser formulado por petição nos moldes do art. 282 do Código de Processo Civil e deverá, como já elucidado, descrever a coisa reclamada. Distribuída a inicial, ela será, como determina o art. 87, § 1º da Lei nº 11.101/2005, autuada em separado, como incidente processual que é, juntamente com os documentos que a instruem.

A autuação é feita em separado e o pedido de restituição tramita como um processo autônomo. Isso é necessário, pois se tal pedido fosse processado dentro dos autos da falência seria extremamente difícil seu andamento, tendo em vista as inúmeras providências que devem ser tomadas ao mesmo tempo no processo de falência. Aliás, o juiz da falência, de forma geral, determina muitas vezes a autuação em apartado de diversos incidentes, mesmo que não haja específica previsão legal para isso em nome da celeridade processual preconizada no art. 125, II do Código de Processo Civil.

Com o simples recebimento do pedido de restituição fica, como determina o art. 91 da Lei nº 11.101/2005, suspensa a disponibilidade da coisa até o trânsito em julgado da sentença. Destarte, deverá o administrador, tão logo tenha conhecimento da ação, sustar todos os atos que importem na alienação do bem objeto da demanda.

Não obstante, realizada a autuação, determinará o juízo a intimação do falido, do Comitê de Credores, caso exista, do administrador judicial e dos credores para que, no prazo sucessivo de 5 dias, se manifestem.

Na sistemática da lei anterior, o falido e o síndico eram intimados para responder em 3 dias e, só após, eram intimados os demais interessados para se manifestarem, caso apresentassem declaração de crédito, como aponta Trajano de Miranda Valverde. A atual lei de falências não faz qualquer exigência para a manifestação do credor, demonstrado o interesse jurídico, a manifestação é recebida e processada.

Apesar de ter por escopo agilizar o processo, a previsão de prazo sucessivo acaba por gerar o efeito contrário em alguns casos. Para que seja possível a manifestação, a parte terá que ter acesso aos autos que podem, porventura, terem sido retirados do cartório por um dos intimados acima enumerados, o que impossibilitaria os demais de ter acesso aos autos e, assim, viabilizaria a alegação posterior de nulidade do processo por cerceamento de defesa. O melhor seria, nos casos menos complexos, adotar a sugestão de Manoel Justino Bezerra Filho<sup>65</sup>, que defende que o prazo de 5 dias deve correr em cartório, assim todos os legitimados teriam oportunidade de acesso aos autos indistintamente. Já nas hipóteses de maior complexidade, melhor seria se o juiz, quando da intimação, já fixasse um prazo para retirada dos autos pelas partes, pois para causas de grande complexidade a permanência dos autos em cartório dificultaria e, por vezes até inviabilizaria, a apresentação de manifestação.

Determina a lei que qualquer manifestação contrária a restituição apresentada por um dos interessados será havida como contestação (art. 87, §1º, *in fine*).<sup>66</sup> Apresentada assim a contestação, e deferido eventual pedido de prova, o juiz analisará a necessidade de au-

---

65 BEZERRA FILHO, Manuel Justino, Op. cit. p.207.

66 Neste ponto leciona Manoel Justino Bezerra Filho ao comentar o dispositivo: “Na realidade, trata-se de prazo para contestação, pois está previsto que a manifestação contrária vale como contestação. Por isso, deverá o juiz ter extrema prudência no exame de eventuais pedidos de dilação de prazo para manifestação, para que não cercear a apresentação de defesa por parte daqueles que não tiveram oportunidade de consulta aos autos, ante a sucessividade na contagem dos prazos.” Loc. cit.

diência de instrução e julgamento, podendo remeter os autos diretamente à conclusão, caso não seja requerida a produção de provas, ou, seja indeferido o pedido.

Neste ponto o novo regramento falimentar avançou, haja vista que na lei anterior havia a necessidade da aludida audiência, o que por vezes tornava o procedimento moroso e desnecessariamente formal. A nova redação legal permite uma maior celeridade, eis que pode o magistrado não realizar audiência, ainda que tenha deferido a produção de eventual prova, para os casos de menor complexidade.

Ademais, ordinariamente essa audiência não se faz necessária por ser o objeto da ação uma questão unicamente de direito, sem que seja necessária assim prova testemunhal. Este procedimento, mais célere, mostra-se essencial para evitar a deterioração da coisa ou sua ultrajante desvalorização.

#### **4.3 — Da Sentença e do Recurso**

Não sendo contestado o pedido de restituição, o juiz, caso reste comprovado o direito do autor, sentenciará o processo determinando a expedição de mandado para entrega da coisa reclamada em até 48 horas, como determina o art. 88, *caput*, da Lei nº 11.101/2005. Nesta hipótese, por força do parágrafo único do aludido artigo, a massa falida não será condenada ao pagamento de honorários advocatícios, cabendo assim o pagamento ao reivindicante.

Alguns autores se insurgem contra o pagamento dos honorários advocatícios pelo autor, haja vista que a coisa fora indevidamente arrecadada, tanto que não houve contestação, desta forma, caberia, igualmente à massa falida o pagamento. Em posição contrária Jozé Cândido Sampaio de Lacerda aponta: “Não parece com razão, pois que se a arrecadação decorreu de preceito legal, a ninguém caberá a culpa e o reclamante terá que arcar com aquelas despesas, mesmo

porque o fato de não haver contestação, não torna obrigatória a restituição. É preciso que ela seja por sentença reconhecida.<sup>67</sup>

Opinião esta que se comunga, assim como, o faz Sérgio Campinho<sup>68</sup>. O preceito legal, neste ponto, é claro; caso não haja contestação a massa falida não será condenada ao pagamento de honorários, não sendo possível assim entendimento em sentido diverso.

No entanto, a *contrario sensu*, em havendo contestação a massa falida será condenada em honorários advocatícios. Ressalte-se que a lei menciona somente a expressão “contestação”, e não “contestação apresentada pela massa falida”. Dessa forma, pode-se entender, erroneamente, que sendo apresentada contestação por qualquer dos demais legitimados e, em sendo o pedido de restituição julgado procedente, seria a massa condenada às sucumbências. Este entendimento não pode ser adotado, pois fere o razoável; a massa não pode ser condenada por uma contestação que não apresentou. Assim sendo, a melhor interpretação para o aludido dispositivo é de que será condenado aos honorários advocatícios o interessado que se opuser ao pedido do autor, podendo ainda serem rateados quando o pedido for contestado por mais de um legitimado.

Não obstante, em sendo julgado improcedente o pedido do autor, poderá o juiz determinar a sua inclusão no quadro geral de credores, caso reste comprovado a existência de uma relação creditícia, conforme art. 88. Se, no entanto, o autor não demonstrar o direito sobre a coisa ou sequer comprovar o seu crédito será o pedido simplesmente julgado improcedente, com a respectiva condenação do autor às custas e honorários advocatícios.

---

67 LACERDA, Jozé Cândido de, Op. Cit., p. 176 e 177.

68 Elucida o autor: “Inexistindo contestação ao pedido, não se admite imputação à massa falida de qualquer condenação relativa à verba honorária ou a custas judiciais, as quais deverão ser suportadas pelo requerente.” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit., p. 401.

Essa disposição legal é salutar e célere, pois dispensa ao credor a necessidade de intentar uma nova medida judicial para que tenha o seu crédito habilitado. Neste ponto, a lei evoluiu em relação à anterior que facultava ao juiz a inclusão; pela nova redação legal, o juiz está obrigado a determinar a inclusão se comprovada a existência de crédito em favor do autor vencido.

Julgado procedente o pedido restitutivo contestado, o juiz condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários advocatícios e igualmente determinará a entrega da coisa no prazo de 48 horas, desde que o autor tenha ressarcido a massa falida ou quem tiver suportado as despesas incorridas com a conservação da coisa reclamada. Não sendo de plano ressarcida, poderá a massa, ou quem estiver com a coisa, reter o bem até o pagamento das referidas despesas, por uma interpretação analógica e sistemática do art. 644 do Código Civil, já que nesta hipótese funcionou a massa ou o terceiro como depositário legal da coisa ao qual se legitima o direito de retenção.

Independentemente do resultado, da sentença que julgar o pedido de restituição caberá apelação com efeito meramente devolutivo, conforme art. 90 da Lei nº 11.101/2005. Na lei anterior no entanto a apelação era recebida também sob o efeito suspensivo, o que por vezes atravancava a efetividade da tutela jurisdicional, já que permitia que recursos meramente protelatórios impedissem a entrega do bem ao seu real titular, o que gerava em alguns casos a deterioração do bem.

Sem se descuidar da preservação da massa falida e buscando preservar essa efetividade das decisões, exige o legislador que o autor da ação que queria receber o bem antes do trânsito em julgado da sentença preste uma caução a ser realizada nos próprios autos, conforme art.90, parágrafo único.

Ponto relevante é o da legitimidade recursal. Segundo entendimento doutrinário amplamente majoritário, pode interpor o recurso de apelação o autor, o falido, o administrador judicial, ou, ainda qualquer credor, mesmo aquele que não tenha contestado o pedido.

Quanto ao membro do Ministério Público, na Lei nº 11.101/2005 o tema é controvertido, pois, via de regra, a atividade ministerial só se faz necessária nas hipóteses em que a lei taxativamente assim exigiu, sob pena de se impor ao procedimento uma morosidade insustentável.<sup>69</sup>

Destarte, não exigindo expressamente a lei a intervenção do órgão ministerial, não poderá ser alegada qualquer nulidade pela sua não participação, a sua intervenção seria *numerus clausus*.<sup>70</sup>

No entanto, no Estado do Rio de Janeiro, foi editada uma recomendação pelo procurador geral de justiça (Recomendação nº 1 de 2005) no sentido de aconselhar aos membros do Ministério Público com a atribuição em insolvência empresarial que continuassem a ofi-

---

69 Como aponta Sérgio Campinho: “Não há na lei dispositivo de largo alcance, tal qual se via no artigo 210 daquela revogada (Decreto-Lei nº 7.661/45), legitimando a intervenção do Ministério Público, sob forma de dever, em qualquer fase do processo de falência ou concordata, a bem do ‘que for necessário aos interesses da justiça’. Foi vetado o *caput* do artigo 4º que previa imperativamente a sua intervenção nos processos de recuperação judicial e falência.” CAMPINHO, Sérgio, Op. cit. p. 49.

70 Este entendimento foi acolhido pelo STJ em recente decisão da lavra da Ministra Nancy Andrichi: “Comercial e Processo Civil. Pedido de Falência Ajuizado na Vigência do DL nº 7.661/45. Intervenção do Ministério Público em ação Conexa Antes do Trânsito em Julgado da Decisão que Decreta a Quebra. Possibilidade. Anulação do Processo. Demonstração de Prejuízo. Necessidade.

1. Na vigência do DL 7.661/45 era possível a intervenção do Ministério Público durante todo o procedimento de quebra, inclusive em sua fase pré-falimentar, alcançando também as ações conexas.

2. Com o advento da Lei 11.101/05, houve sensível alteração desse panorama, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha asoberbando o órgão e embarçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o art. 4º da Lei 11.101/05, que mantinha a essência do art. 210 do DL 7.661/45, ficando a atuação do Ministério Público, atualmente, restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.

3. Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte.

4. Recurso especial não provido.”

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.230.431/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Brasília, dia 18 de novembro de 2011.

ciar, requerer vistas e intimação para todos os processos ou procedimentos falimentares ou recuperatórios, manifestando-se fundamentadamente em defesa do crédito e da justa preocupação com a recuperação de empresas em dificuldades. Destarte, estaria se cumprindo o ditame constitucional que preceitua a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, dentro os quais se amoldaria o sistema de insolvência empresarial.<sup>71</sup>

Neste diapasão, entende-se que poderá sim o membro do Ministério Público apelar da sentença do pedido de restituição desde que comprovado o interesse público na questão objeto da lide, valendo o mesmo raciocínio para a possibilidade de apresentação de contestação pelo órgão ministerial. Haja vista, que nem sempre estarão envolvidos direitos transindividuais; a primazia do pedido de restituição é intrinsecamente contrária a isto, baseia-se na defesa do proprietário do seu bem individualmente considerado. Ademais, poderá igualmente recorrer nos casos em que tenha oficiado, conforme entendimento consolidado no verbete da súmula do Superior Tribunal de Justiça nº 99<sup>72</sup>.

Por outro lado, a legitimidade dos demais credores na oposição ao pedido justifica-se na defesa, ainda que em tese, do montante de bens que poderá adimplir o seu crédito e não na defesa de interesses coletivos, aos quais não estariam nem legitimados.

---

71 Assim sustenta Márcio Souza Guimarães: “O sistema de insolvência empresarial (falência, recuperação judicial e extrajudicial) denota interesse social que demanda a intervenção do Ministério Público, sendo irrelevante o veto imposto ao art. 4 da nova Lei de Falências, não só pelo respaldo constitucional da atuação do *Parquet*, mas também pela regra inserida no art. 83 do Código de Processo Civil, cuja aplicação subsidiária é imposta pelo art. 189 da Nova Lei de Falências.” GUIMARÃES, Márcio Souza. O Ministério Público no Novo Sistema de Insolvência Empresarial: a habilitação e a impugnação de créditos. In: SANTOS, Paulo Penalva (Coord.). *A nova lei de falências e de recuperação de empresas — Lei nº 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

72 Súmula nº 99 do STJ: O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte.

Desta forma, é que se sustenta que a atuação do Ministério Público não deve ser obrigatória, em nome da defesa de direitos transindividuais, e, sim, pontual e fulcrada na defesa do interesse público e da correta aplicação da lei. Do contrário, estaria sendo obstaculizado o pedido de restituição, que intrinsecamente exige celeridade como forma de se evitar a deterioração eventual dos bens injustamente arrecadados. Em outras palavras, é o órgão ministerial quem deve requerer a sua atuação provando a existência do interesse público no caso concreto, não sendo assim, a sua intimação só deve ocorrer nas hipóteses em que a lei expressamente exige.

Este também foi o entendimento adotado Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Apelação Cível nº 0097247-37.2004.8.19.0001 Na hipótese, o membro do Ministério Público perquiriria a reintegração à massa falida dos valores indevidamente restituídos ante a comprovação de simulação no negócio que embasara a restituição. Na contenda, é intuitiva a legitimidade ministerial eis que inolvidável o interesse público no combate aos negócios simulados.<sup>73</sup>

---

73 Apelação Cível. [...] Ação de Revisão de Crédito Promovida pelo Ministério Público com Base no art. 99 do Decreto-Lei nº 7.661/45, Julgada Procedente, Determinando-se o Desfazimento da Decisão Proferida nos Autos do Pedido de Restituição, com o Conseqüente Retorno do Crédito à Massa Falida, Incluindo-se no Quadro Geral dos Credores Como Quirografário [...]

3. Demanda em questão — revisão de crédito — intentada com base no art. 99 do Decreto-Lei 7.661/45 (antiga Lei de Falências). A injuridicidade do pagamento efetuado nos autos do pedido de restituição, ante o extravio do maquinário em mãos da massa falida antes da arrecadação, resultou em atribuir ao Arrendador condição de credor, que nunca chegou a ter, mesmo como credor extraconcursal, circunstância esta que viabiliza o manejo pelo Parquet da ação prevista no referido artigo, de natureza eminentemente rescisória, para fazer retornar à administração da falência quantia paga antes do recebimento dos créditos da legislação do trabalho, com garantia real, tributários, com privilégio especial ou geral.

4. A necessidade de recolocar no âmbito do regime falencial quantia que fora indevidamente restituída é função indiscutivelmente atribuível ao Ministério Público, que ostenta condição de legitimado processual não só pelo seu poder de atuação *custos legis*, como também em decorrência das atribuições que lhe foram acrescidas pela nova ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988 (art. 127 e seguintes), ainda mais que o contexto da restituição aponta para a convicção de que tenha a operação perpetrada resultado de simulação. [...]

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0097247-37.2004.8.19.0001. Relatora: Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro. Rio de Janeiro, dia



Ressalte-se, por fim, que em sede de recurso, caso haja algum vício no procedimento da ação restituitória que importe em prejuízo, a matéria deverá ser alegada na qualidade de preliminar, podendo o órgão colegiado declarar a nulidade da sentença proferida. Nesta oportunidade, determinará o Tribunal a prolatação de outra sentença, em estrita obediência das regras da legislação em vigor. Em outros casos, em que houver sido proferida sentença sem a resolução do mérito o próprio Tribunal pela aplicação da teoria da causa madura<sup>74</sup> pode julgar a causa, conforme art. 515, § 3º do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária determinada pelo art. 189 da Lei nº 11.101/2005.

## **5 — Conclusão**

Como elucidado, o pedido de restituição é meio processual que permite ao terceiro reaver o bem de sua propriedade arrecadado na falência, ou que esteja na posse do devedor quando da decretação da falência. Isto porque, o direito constitucional de propriedade permite ao dono da coisa reaver o bem de quem injustamente o possua, como ocorre nestas hipóteses.

Trata-se de um incidente processual em que o terceiro reivindicante deve comprovar a sua condição de proprietário, pois, como visto, não é compatível com o rito processual do pedido de restituição a aferição do domínio, esta deve ser dirimida numa ação autônoma.

---

16 de agosto de 2011.

74 Pela teoria da causa madura o Tribunal poderá julgar o mérito da causa em sede de recurso de apelação contra sentença que tenha julgado o processo extinto sem resolução do mérito. Isto ocorrerá quando versar a lide sobre matéria unicamente de direito, ou seja, versam exclusivamente sobre a aplicação da lei ao caso concreto e não sobre fatos. É o que dispõe o art. 515, §3º do Código de Processo Civil.

Além de se provar a propriedade é preciso a comprovação da posse injusta pela massa falida, pois do contrário o terceiro deve ser tido como credor, submetendo-se assim à execução concursal instaurada pela decretação da falência. Desta forma, analisaram-se algumas espécies contratuais onde a regularidade da posse da massa falida deveria ser aferida.

No contrato de alienação fiduciária, por exemplo, a restituição só será devida se houver o inadimplemento pela massa falida das parcelas devidas em virtude do contrato, pois é o inadimplemento causa de extinção de pleno direito do contrato e a consequente consolidação da propriedade nas mãos do credor fiduciário.

Já no contrato de comodato, o pedido de restituição não será viável simplesmente pela decretação da falência, a resolução contratual só se dará se o administrador judicial não diligenciar no sentido de cumprir o contrato. Aqui, por se tratar de um contrato unilateral, é o administrador quem deve se aprontar ao cumprimento do contrato, valendo a sua inércia como anuência à resolução do contrato. Isto ocorrerá, com mais frequência, quando não for deferida a continuação provisória das atividades do falido, onde a manutenção do empréstimo não mais se justificará. Resolvido o contrato, cabe então ao comodante, proprietário do bem, intentar o pedido de restituição ordinária.

Por outro lado, no contrato estimatário, em ocorrendo a falência do consignatário, é o administrador judicial que se manifestará sobre o cumprimento do contrato quando instado pelo consignante. Entendendo pela resolução do contrato, poderá o proprietário do bem consignado promover a ação restituitória.

Estudou-se ainda o pedido de restituição no contrato de arrendamento mercantil. Decretada a falência do arrendatário, em princípio caberá o pedido de restituição pelo arrendador, já que este não transferiu a propriedade do bem, mas, como aludido, este dependerá da manifestação do administrador judicial ou do inadimplemento da

obrigação, pois os contratos bilaterais não se resolvem com a falência, conforme o art. 117.

A exigência de manifestação do administrador judicial, como analisado, não se esvazia nem com a previsão contratual de resolução expressa pela decretação da falência de uma das partes contratantes. Isto porque, por vezes, tal cláusula impossibilitará a manutenção da unidade produtiva que tem por escopo preservar e “otimizar” os bens arrecadados para serem alienados e posteriormente adimplir as dívidas do falido no quanto for possível.

Ademais, a função social dos contratos impõe que os contratantes assumam um “compromisso” com toda a sociedade de perseguir através do contrato um fim socialmente útil e não apenas os interesses individuais. Desta forma é que a cláusula resolutiva expressa deve ser entendida como ineficaz, por não cumprir a função social dos contratos e ir de encontro com a inteligência do art. 75 do regimento falimentar.

No plano processual, a lei parece ter evoluído ao se desvencilhar de práticas extremamente formais e morosas que prejudicavam, por vezes, a almejada efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, após a análise dos pormenores do pedido de restituição ordinária, pode-se concluir que o instituto é um importante instrumento de proteção do direito constitucional de propriedade, mas que deve ser lido à luz dos demais preceitos constitucionais a fim de que se promova um rateio justo e equânime como objetiva o regimento legal.